

J-31720736-0

[www.lablabor.com.ve](http://www.lablabor.com.ve)

**Datos de la Sentencia**

|  |  |
| --- | --- |
| **Fecha:** | 13/08/2019 |
| **Sala:** | Casación Social |
| **Magistrado Ponente:** | Danilo Mojica |
| **Partes:** | Alfonzo Rívas & Cia, C.A. |
| **Número de Sentencia:** | 0306 |

**Contenido Relevante**

|  |  |
| --- | --- |
| **Materia** | **Criterio Establecido** |
| Seguridad y Salud Laboral (extremos de procedencia para medida cautelar contra actos administrativos emanados del Inpsasel) | Para que proceda una medida cautelar que suspenda los efectos del Acto Administrativo emanado por el Inpsasel, no sólo debe alegarse el fumus boni iuris y el periculum in mora, sino además aportar elementos probatorios suficientes que permitan determinar el periculum in mora. |
|  |  |
|  |  |
|  |  |

|  |
| --- |
|  |

|  |
| --- |
|  |

Ponencia del Magistrado **Dr.** **DANILO A. MOJICA MONSALVO.**

El Juzgado Quinto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, remitió a esta Sala de Casación Social, el expediente contentivo de medida cautelar de suspensión de efectos de acto administrativo, en el marco de la demanda de nulidad propuesta por la sociedad mercantil**ALFONZO RIVAS & CIA, C.A.**, representada judicialmente por los abogados Silvia Itriago Wallis, Bernardo Pisani, Juan Carlos Fermín, Listnubia Méndez, Ivelize Tozzi, Milca Urdaneta y Henry Javier Valenzuela Sutil, contra el acto administrativo emanado de la **GERENCIA ESTADAL DE SALUD DE LOS TRABAJADORES ARAGUA**(GERESAT ARAGUA)del **INSTITUTO NACIONAL DE PREVENCIÓN**,**SALUD**,**Y SEGURIDAD LABORALES**(INPSASEL)contenido en la certificación CMO-0218-15 de fecha 24 de abril de 2015, por medio de la cual certificó que en el caso del ciudadano José Benito Nicanor Molletones Hidalgo, “*… trata de****atrapamiento de manguito rotador hombro derecho, Bursitis sub-acrominal. Lesión del tendón del supraespinoso bilateral (CODIGO CIE10:M75.1)****considerada como enfermedad ocupacional Agravado con ocasión del Trabajo que le ocasiona a la trabajadora (sic), una****Discapacidad Parcial Permanente***” (…).

La remisión se efectuó en razón del recurso de apelación que interpusiera la parte accionante, contra el fallo dictado por el *a quo* en fecha 1° de febrero del año 2016, conforme al cual se declaró improcedente la medida cautelar de suspensión de efectos del acto recurrido.

Posteriormente, la parte actora consignó ante la Secretaría de esta Sala de Casación Social, en fecha 29 de marzo de 2017, escrito contentivo de los fundamentos del referido medio procesal de impugnación.

Recibido el expediente en fecha 27 de abril de 2017, se dio cuenta en Sala, designándose la ponencia de la presente causa, al Magistrado Dr. Danilo A. Mojica Monsalvo.

Mediante auto de fecha 30 de mayo del año 2017, el Juzgado de Sustanciación de esta Sala de Casación Social informó a las partes que el presente asunto había entrado en estado de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En fecha 30 de enero de 2019, en sesión de Sala Plena se ratificó la directiva de este máximo tribunal, así como la conformación de esta Sala de Casación Social.

Siendo la oportunidad legal, la Sala procede a decidir en los siguientes términos:

**DE LA COMPETENCIA**

Con el propósito de examinar la competencia de esta Sala de Casación Social para decidir el recurso de apelación sometido a su conocimiento, se observa que la Sala Plena de este alto Tribunal, en sentencia N° 27 de fecha 26 de julio de 2011 (caso: *Agropecuaria Cubacana C.A.*), dejó sentado que corresponde a los órganos jurisdiccionales con competencia en materia laboral, el conocimiento de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, *“pues lo relevante para determinar cuál es el juez natural que ha de conocer este tipo de pretensiones no es la naturaleza del órgano del cual emana sino la naturaleza jurídica de la relación*”. Ello fue fundamentado, esencialmente, en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Así las cosas, conteste con la citada Disposición Transitoria, los Juzgados Superiores del Trabajo son competentes −transitoriamente, mientras se crea la jurisdicción especial del Sistema de Seguridad Social− para decidir, en primera instancia, los recursos contenciosos administrativos previstos en dicha Ley; y de sus decisiones, se oirá recurso ante esta Sala de Casación Social. En consecuencia, esta Sala asume la competencia para resolver la apelación ejercida en el caso bajo estudio. Así se declara.

**ANTECEDENTES**

Mediante escrito de fecha 29 de diciembre del año 2015, el apoderado judicial de la sociedad mercantil**ALFONZO RIVAS & CÍA, C.A**; interpuso demanda de nulidad conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada de suspensión de efectos, contra la Certificación CMO-0218-15, de fecha 24 de marzo de 2015; suscrita por el Dr. Roberto Salazar Salazar, en su condición de médico ocupacional del servicio de salud de la Gerencia Estadal de Salud de los Trabajadores Aragua (GERESAT-ARAGUA), adscrita al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).

**DECISIÓN APELADA**

El Juzgado Quinto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante decisión de fecha 1° de febrero de 2016, declaró improcedente la medida cautelar de suspensión de efectos solicitada por la parte actora, por las siguientes razones:

En el caso sub examine, la sociedad mercantil Alfonzo Rivas & CIA C.A., interpuso recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con medida cautelar de suspensión de los efectos, contra la certificación No. CMO-0218-15, de fecha 24 de abril del 2015, suscrito por el Dr. Roberto Salazar Salazar, en su condición de Médico Ocupacional del Servicio de Salud Laboral de la Gerencia Estatal de Seguridad y Salud de los Trabajadores Aragua (GERESAT-ARAGUA) del Instituto Nacional del Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).

En lo que respecta a la medida de suspensión de efectos solicitada, este Juzgado observa que, si bien no está prevista en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ello no obsta para que pueda ser decretada si están presentes los requisitos necesarios, al ser una de las cautelares típicas del contencioso administrativo, siendo además que, en todo caso, debe considerarse en atención al artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé: “toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

Dicho esto, se observa que en el caso bajo estudio la recurrente alega que están presentes los extremos para la procedencia de la suspensión efectos del acto recurrido. En relación al “fumus boni iuris” argumenta que debe tomar en consideración que el propio contenido del acto impugnado donde se evidencia de la veracidad y prodencia (sic) de los vicios de nulidad alegados por la parte recurrente, que específicamente fueron la ausencia total y absoluta del procedimiento administrativo previo; en tanto que, en lo que respecta al “periculum in mora” a los fines de evitar que se produzca una situación de hecho irreversible por efecto de una decisión dictada por el Juez Laboral tomando como válido lo declarado por el ilegal acto administrativo impugnado.

(*Omissis*).

De la norma parcialmente transcrita, se colige que el Juez o Jueza en ejercicio de sus amplios poderes cautelares puede, a petición de parte o de oficio, acordar o decretar las medidas cautelares que estime pertinentes durante la prosecución de los juicios, con el objeto de proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos y ciudadanas, a los intereses públicos y, en general, para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas; añadiendo la norma que en las causas de contenido patrimonial se podrá exigir además, para el otorgamiento de la medida, “*garantías suficientes*”.

Así las cosas, se observa que la Sala Político Administrativa en sentencia Nº 1.183 de fecha 6 de agosto de 2009 (caso: Seguros La Previsora), ha establecido que la solicitud de suspensión de efectos como medida cautelar típica del proceso contencioso administrativo de nulidad, tiene una naturaleza análoga a la de las medidas cautelares contenidas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil. Por esta razón, se hace imprescindible para su procedencia la **demostración concurrente** de los requisitos “*fumus boni iuris*” (presunción grave del buen derecho que alega el recurrente) y el “*periculum in mora*” (la necesidad de la medida para evitar perjuicios irreparables, de difícil reparación, o evitar el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo), con la particularidad que éstos deben derivarse de la actuación administrativa y de la necesidad de suspender sus efectos para salvaguardar la situación jurídica infringida.

Conforme a lo expuesto, el “*fumus boni iuris*” se constituye como el fundamento de la protección cautelar, dado que en definitiva sólo a la parte que tiene la razón en juicio pueden causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados; mientras que el “*periculum in mora*” no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro de la ocurrencia de daños irreparables o de difícil reparación a falta de la medida, o el peligro que sea imposible la ejecución del fallo que se produzca.

En tal sentido, la decisión del Juez debe fundamentarse no sobre simples alegatos de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación mediante elementos probatorios fehacientes, de los hechos concretos que permitan crear en el Juzgador, al menos, una presunción grave de la existencia de un posible perjuicio material y procesal para la parte solicitante. Se trata, efectivamente, que el Juez dicte su decisión con base en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente.

Establecidos los anteriores lineamientos, pasa este Juzgador a verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para acordar la medida solicitada en el caso concreto, y en tal sentido observa:

Con relación al “*periculum in mora*”, señala el recurrente ocasionaría a la sociedad mercantil Alfonso Rivas, & CIA C.A., que se produzca una situación de hecho irreversible por efecto de una decisión dictada por el Juez Laboral tomando como válido lo declarado por el ilegal acto administrativo impugnado.

Ahora bien, no está acreditado ningún medio probatorio que permita verificar los problemas que ocasionaría la ejecución del acto administrativo recurrido; ni su impacto sobre el patrimonio de la empresa. Asimismo, que el acto administrativo constituye eventualmente un pago indebido, está directamente vinculado con la decisión de mérito que se dicte, de allí a que la misma recurrente condicione su vigencia a alcanzar una sentencia favorable, por lo tanto, no puede ser un elemento válido para conformar el “*periculum in mora*”, siendo que además no guarda relación con un daño de imposible o de difícil resarcimiento producto de la ejecución del acto administrativo recurrido.

Veamos de este modo que la sentencia más que un acto procesal, es un mandato jurídico, en el cual se acoge o rechaza los pedimentos realizados por la parte actora en su escrito libelar, y que además la eficacia de la cosa juzgada en caso de dictarse una sentencia favorable a la pretensión de nulidad, determinan la obligación de corregir el monto condenado que fue calculado. Estos dos aspectos permiten desechar que la ejecución del acto administrativo recurrido materialice un daño de difícil o imposible reparación.

Al no haber cumplido la parte actora su carga de demostrar el “*periculum in mora*” para la procedencia de la suspensión de efectos del acto impugnado, y dado el carácter concurrente de los requisitos de procedencia de las medidas preventivas resulta inoficioso pronunciarse sobre el “*fumus boni iuris*”, por lo que deviene es improcedente la medida de suspensión de efectos solicitada. Así se decide.

De la decisión antes expuesta, esta Sala de Casación Social encuentra que el *a quo*declaró la improcedencia de la solicitud cautelar, sobre la base de la falta de cumplimiento del requisito necesario para la procedencia de la misma, que no es otro que el peligro en la demora o “*periculum in mora*”, al considerar el sentenciador de la recurrida que  no está acreditado a los autos algún medio probatorio que permita verificar los problemas que ocasionaría la ejecución del acto administrativo recurrido; ni su impacto sobre el patrimonio de la empresa que esté directamente vinculado con la decisión de mérito que se dicte, y por  tanto, no puede ser un elemento válido para conformar el “*periculum in mora*”, el hecho de que eventualmente alcance una sentencia favorable; siendo que además no guarda relación con un daño de imposible o de difícil resarcimiento producto de la ejecución del acto administrativo apelado; y que además, la eficacia de la cosa juzgada, en caso de dictarse una sentencia favorable a la pretensión de nulidad, determina la obligación de corregir el monto que condenado que fuera calculado. Concluye la recurrida declarando improcedente la medida de suspensión de efectos solicitada, al no haber cumplido la parte actora con su carga de demostrar el *periculum in mora* y dado el carácter concurrente de los requisitos de procedencia de las medidas preventivas, consideró inoficioso pronunciarse sobre el *fumus boni iuris.*

**FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

La parte recurrente, en su escrito de fundamentación de la apelación propuesta, expresó los siguientes argumentos:

(*Omissis*).

En el caso de autos, la decisión de la medida cautelar ha debido sujetarse al análisis de los requisitos establecidos en el artículo 104 de la Ley Orgánica del (sic) Jurisdicción Contencioso Administrativa, a saber (**i**) la apariencia del buen derecho invocado; (**ii**) la garantía de las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

Como se observa, la motivación de la decisión impugnada concentra su atención en el análisis del requisito *periculum in mora*, o peligro de la demora, sobre la base de que “… *no está acreditado ningún medio probatorio que permita verificar los problemas que ocasionaría la ejecución del acto administrativo recurrido; ni su impacto sobre el patrimonio de la empresa*”; no obstante, el *periculum in mora* o peligro en la demora en este caso concreto hace referencia al transcurso de un juicio en el cual se cuestiona el acto impugnado, y en el que mantiene en vigencia un acto administrativo que eventualmente pueda originar una reclamación jurisdiccional por parte del beneficiario del acto administrativo (ciudadano **JOSE BENITO NICANOR MOLLENOTES HIDALGO**, (…) por el reclamo de indemnizaciones objetado, y de cuyos efectos se solicita su suspensión cautelar, provisional, mientras dure el juicio de nulidad, y no de forma definitiva.

Es de hacer notar que la solicitud de la medida cautelar se realiza sobre la base de una expectativa de vencimiento en el juicio de declaración o de cognición, puesto que de otra manera no tendría fundamento la medida cautelar, razón por la cual, antes que el análisis del *periculum in mora*, como lo hizo la decisión impugnada. Se hacía necesario analizar los dos únicos requisitos establecidos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a saber:

(i)  La apariencia del buen derecho invocado, lo cual supone realizar un juicio de verosimilitud, y no de verdad, sobre la procedencia de los vicios delatados en el acto administrativo (i) (sic) la ausencia total y absoluta de procedimiento administrativo previo; (ii) el falso supuesto de hecho, que se configura por cuanto no hay prueba alguna en el expediente administrativo de que las supuestas enfermedades diagnosticadas o su agravamiento sean de origen ocupacional; (iii) la inmotivación, al establecer un porcentaje de discapacidad, y la eventual indemnización, sin indicar los motivos de hecho y de derecho que conllevaron al autor del acto administrativo a establecer un porcentaje de discapacidad de 32%); es de destacar que dicho pronunciamiento en ningún caso supondría un análisis y decisión del fondo del recurso, sino un acercamiento o aproximación sobre la procedencia de los vicios delatados en el acto administrativo, dejando a salvo su pronunciamiento definitivo para la decisión de fondo.

Pues bien, en la decisión impugnada se omitió totalmente el pronunciamiento sobre el requisito vinculado con el *fumus bini*(sic)*iuris*, o presunción de buen derecho, aduciendo que su análisis era inoficioso por no haberse cumplido el otro requisito, no establecido en el artículo 104 *eiusdem*, que en decir de la sentencia recurrida era el “*periculum in mora*”; evidentemente que con tal proceder se cercenó el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de mi representada, al no realizarse un pronunciamiento ajustado a los requisitos propios de la norma especial, para la de procedibilidad de la medida cautelar solicitada, e incluso se incurrió en un error de interpretación del artículo 104 antes mencionado.

(*Omissis*).

Aunado a lo anterior, la decisión impugnada no hizo pronunciamiento alguno sobre el requisito vinculado con “… *la garantía de las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”*

En este sentido, la revisión de dicho requisito supone validar de por si el resultado del juicio, estableciendo una ponderación del interés público y colectivo en mantener la vigencia del acto administrativo y las gravedades en juego atinentes al perjuicio mayor o menor que la vigencia del acto administrativo podría causar en los particulares.

Así tenemos que la vigencia de un acto administrativo, sobre el cual se fundamentaría una reclamación judicial de cobro de indemnización por enfermedad ocupacional, estando cuestionado dicho acto administrativo, podría generar consecuencias irreparables para el particular que se viera obligada a pagar dicho monto indemnizatorio o por una condena judicial, cuando al mismo tiempo ese acto administrativo que dio origen al reclamo judicial de naturaleza patrimonial ha sido cuestionado. Se trata de dos intereses en juego que se encuentran atados a la rapidez y celeridad de los procedimientos judiciales.

(*Omissis*).

Por lo anterior, el proceder del Juez Superior en el caso de marras, no resultó ajustado a Derecho, toda vez que en el análisis de los requisitos para la procedibilidad de la medida cautelar solicitada por mi representada únicamente se limitó a revisar un requisito que no se encuentra establecido de forma expresa en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y obvió de manera intencionada analizar un requisito que sí se encuentra previsto en la Ley especial de la materia (como lo es “… *las garantías de las resultas del juicio*), aún más cuando de un mero análisis de verosimilitud del acto administrativo cuestionado, se evidencia la veracidad de los vicios denunciados en la demanda de nulidad.

**MOTIVACIÓN PARA DECIDIR**

En el aludido escrito recursivo, la empresa expuso las razones de hecho y de derecho para la revocatoria de la decisión impugnada, alegando que la decisión de la medida cautelar ha debido sujetarse al análisis de los requisitos establecidos en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

Que en la decisión impugnada se omitió totalmente el pronunciamiento sobre el requisito vinculado con el *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho, aduciendo que su análisis era inoficioso por no haberse cumplido el otro requisito, no establecido en el artículo 104 *eiusdem*, que en decir de la sentencia recurrida era el “*periculum in mora*”; que con tal proceder cercenó el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de su representada, al no realizarse un pronunciamiento ajustado a los requisitos propios de la norma especial, para la procedibilidad de la medida cautelar solicitada, incurriendo asimismo en un error de interpretación del citado artículo 104.

Que la recurrida no resultó ajustada a Derecho, toda vez que en el análisis de los requisitos para la procedibilidad de la medida cautelar solicitada -a su decir- únicamente se limitó a revisar un requisito que no se encuentra establecido de forma expresa en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y obvió de manera intencionada analizar un requisito que sí se encuentra previsto en la Ley especial de la materia como lo es “… *las garantías de las resultas del juicio”*.

Ahora bien, en referencia a la presunción del buen derecho (*fumus boni iuris*) y al peligro en la demora (*periculum in mora)* el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece respecto de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, lo que a continuación se transcribe:

**Artículo 104**: A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.

Del artículo antes transcrito, es preciso razonar que el poder cautelar debe ejercerse con estricta sujeción a las preceptos legales que lo otorgan, y en virtud de ello las providencias cautelares sólo se conceden cuando exista en el expediente de la causa, medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo, así como del derecho que se solicita.

En analogía con los requerimientos para declarar procedente la medida cautelar de suspensión de efectos de un acto administrativo, la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nº 00625 del 6 de mayo de 2014 (caso: *Sindicato Único Integral Autónomo de Empleados de la Empresa Amcor Pet Packaging de Venezuela S.A.*) estableció:

*“constituye una medida cautelar mediante la cual -haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad- se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse un acto que eventualmente resultare anulado, porque ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso”*.

No obstante lo anterior, para su procedencia es necesario, la demostración concurrente de los requisitos *fumus boni iuris* -presunción grave del buen derecho que alega el recurrente- y el *periculum in mora* -la necesidad de la medida para evitar perjuicios irreparables, de difícil reparación, o evitar el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo- con la particularidad que éstos deben derivarse de la actuación administrativa y de la necesidad de suspender sus efectos para salvaguardar la situación jurídica infringida, como así lo ha establecido la referida Sala de este máximo Tribunal, en sentencia N° 01038 de fecha 21 de octubre de 2010 (caso: *Porcicría, S.A.*) en la que señaló:

(*…Omissis…*).

Por tanto, la medida preventiva de suspensión de efectos **procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable**; significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama, a lo cual hay que agregar, conforme a lo dispuesto en el antes citado artículo 104 de la novísima Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la adecuada ponderación de los ‘intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego’.

(…) el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, ésta, la presunción grave de buen derecho, es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso.”. (Destacado de este fallo).

Conforme a lo anterior, el *fumus boni iuris*se constituye entonces como el fundamento de la protección cautelar, dado que en definitiva sólo a la parte a la que le asiste la razón en juicio pueden causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados; mientras que el *periculum in mora* es, específicamente, el peligro de la ocurrencia de daños irreparables o de difícil reparación a falta de la medida, o el peligro que sea imposible la ejecución del fallo que se dicte.

En atención a lo antes expuesto, es necesario la verificación en la presente causa del *periculum in mora*, como uno de los dos requisitos exigidos para la procedencia de la medida cautelar y sobre el cual se pronunció el *a quo*; por lo que, la accionante tiene  la carga procesal de probar que la situación jurídica lesionada con la ejecución del acto impugnado, no podrá ser restablecida con la sentencia definitiva o que la dificultad de su reparación es de tal entidad, que resultará imposible restituir los bienes jurídicos eventualmente vulnerados por el acto recurrido.

En el caso bajo examen, se observa que en la debida oportunidad procesal la parte recurrente en el escrito de fundamentación del recurso de apelación, alegó “*que la vigencia de un acto administrativo, sobre el cual se fundamentaría una reclamación judicial de cobro de indemnización por enfermedad ocupacional, estando cuestionado dicho acto administrativo, podría generar consecuencias irreparables para el particular que se viera obligada a pagar dicho monto indemnizatorio o por una condena judicial, cuando al mismo tiempo ese acto administrativo que dio origen al reclamo judicial de naturaleza patrimonial ha sido cuestionado. Se trata de dos intereses en juego que se encuentran atados a la rapidez y celeridad de los procedimientos judiciales*”.

Visto lo anterior, cabe destacar que no es suficiente que la parte accionante haya alegado un eventual perjuicio que le podría ocasionar el no declararse procedente la medida cautelar solicitada, por cuanto se podrían generar consecuencias irreparables, sino que efectivamente debe probar la existencia de un peligro inminente en la producción de un daño, a través de instrumentos idóneos, que lleven al sentenciador a la firme convicción que la ejecución del acto administrativo impugnado o las resultas de la demanda causarían a la entidad de trabajo peticionante un daño irreparable en la sentencia definitiva, situación que no ocurrió en el caso de autos.

Precisado lo anterior, esta Sala verificó que el juzgador de primera instancia, contrariamente a lo afirmado por la parte recurrente, sí se pronunció de manera expresa, positiva y precisa, respecto a las defensas de la parte accionante, relacionados con el *periculum in mora*, siendo que del fallo recurrido se observa que se efectuó una revisión de los alegatos y por cuanto “*no está acreditado ningún medio probatorio que permita verificar los problemas que ocasionaría la ejecución del acto administrativo recurrido; ni su impacto sobre el patrimonio de la empresa”* emitió la decisión respectiva, en razón de lo cual se considera que la sentencia apelada no adolece del vicio que fue delatado por la representación de la sociedad mercantil Alfonzo Rivas & Cia C.A., en la fundamentación del recurso de apelación que se resuelve. Así se declara.

Por consiguiente, visto que no constan en autos elementos de convicción que permitan demostrar la existencia de la presunción del buen derecho (*fumus boni iuris*) y por ende el fundado temor de un daño inminente (*periculum in mora*) sin la revisión del acto administrativo apelado y los medios probatorios que sustentan la pretensión, ni la existencia de violación o amenaza de los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, no se cumplió con el requisito de acreditar a la Sala de la presunción de buen derecho que asiste al recurrente; por lo que se comparte la conclusión a la cual arribó la recurrida.

En consecuencia, esta Sala de Casación Social declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la sociedad mercantil Alfonzo Rivas & Cia C.A.,contrala sentencia dictada por el *a quo* que decidió improcedente solicitud de la medida cautelar de suspensión de los efectos, y por ende, se confirma el fallo apelado. Así se declara.

**DECISIÓN**

En mérito de las precedentes consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela, y por autoridad de la Ley, hace los siguientes pronunciamientos: **PRIMERO:**Declara **SIN LUGAR** el recurso de apelación propuesto por la parte actora contra el fallo dictado por el Juzgado Quinto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 1° de febrero del año 2016, de conformidad con lo dispuesto en el artículo el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, **SEGUNDO**: Declara **FIRME**el mencionado fallo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas a los trece (13) días del mes de agosto del año 2019. Años 209° de la Independencia y 160° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente de la Sala,                                                                                   El Magistrado,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_                                     \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO              EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

La Magistrada,                                                                                  El Magistrado ponente,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_                \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA               DANILO A.MOJICA MONSALVO

La-

Secretaria,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

MARIA VÁSQUEZ QUINTERO

**Apel. Lab. Nº AA60-S-2017-000250**

Nota: Publicado en su fecha

La Secretaria,